RODRIGO BRUM DUARTE MARTINEZ

O Acordo de Leniência no Ordenamento Jurídico Brasileiro

FACULDADE DE DIREITO
FUNDAÇÃO ARMANDO ALVARES PENTEADO

SÃO PAULO

2015

RODRIGO BRUM DUARTE MARTINEZ

O Acordo de Leniência no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Pesquisa científica apresentada como requisito para a conclusão de Ensino Superior na Faculdade de Direito da Fundação Armando Alvares Penteado de São Paulo.

Orientador: Ricardo C. Cury

FACULDADE DE DIREITO

FUNDAÇÃO ARMANDO ALVARES PENTEADO

SÃO PAULO

2015

AGRADECIMENTOS.

Primeiramente, gostaria de agradecer a meus pais. Alicerce de meu caráter, conhecimento e dignidade. Mãe e pai, a vocês meu incondicional respeito e gratidão.

Às minhas avós pelos gestos incondicionais de carinho e confiança.

Aos digníssimos docentes do Curso de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado, que “plantaram uma semente” de conhecimento e ampliaram minha visão.

Aos meus colegas, iminentes jurisconsultos, pelos incontáveis momentos célebres da graduação, da dialética nem sempre técnica ou jurídica e as risadas proporcionadas

Ninguém pode construir em teu lugar as pontes que precisarás passar, para atravessar o rio da vida − ninguém, exceto tu, só tu.

Existem, por certo, atalhos sem números, e pontes, e semideuses que se oferecerão para levar-te além do rio; mas isso te custaria a tua própria pessoa; tu te hipotecarias e te perderias.

Existe no mundo um único caminho por onde só tu podes passar.

Onde leva? Não perguntes, segue-o!

Friedrich Nietzsche

The answer, my friend, is blowin' in the wind

Bob Dylan

RESUMO

Inicialmente, há uma análise cronológica do instituto central da pesquisa. Posto isso, são examinadas as legislações atuais, seus aspectos formais e características inatas, de modo que são feitos comentários relacionados com a Constituição Federal de 1988. É evidenciado, ainda, o caráter multidisciplinar, tanto no ambiente antitruste como no âmbito público, o processo administrativo do acordo de leniência e o universo da boa governança que ele orbita. Ao fim, com a imersão e compreensão do leitor do tema, são tecidas críticas construtivas para uma maior isenção e amadurecimento do instituto.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

Antes de ir direto ao tema da pesquisa, é necessário contextualizar o cenário do ordenamento jurídico brasileiro, em que o acordo de leniência está inserido. A Constituição Federal de 1988 concede competência à União, aos estados e aos municípios, concorrentemente, de legislar sobre, entre muitas matérias, o direito concorrencial.

Na economia livre de mercado, os agentes econômicos possuem a voluntariedade para transferir seu dinheiro, bens e serviços da maneira que lhes convenha, com um Estado (preferencialmente enxuto) que defende a propriedade privada e com pouca intervenção na economia − como, por exemplo, evitando os desequilíbrios financeiros.

Com o passar dos anos, restou comprovado que essa política econômica só era eficaz com um mercado perfeito, onde os *players* não tinham a capacidade de influenciar significativamente na oferta do mercado. Sob esse prisma, a teoria política e econômica do neoliberalismo sofreu mudanças e percebeu-se a necessidade de o Estado intervir em alguns setores da economia, evitando descalabros aos consumidores.

As preocupações do direito antitruste visam a garantia de um mercado de bens, serviços e fatores de produção dotado de regras de conduta que garantam o maior grau possível de autocontrole. Em regra, o controle deve ser exercido sobre todos aqueles que tenham o poder de influenciar o mercado, sejam eles agente privados, estatais no exercício de atividade econômica ou estatais exercendo atividade fiscalizadora. Portanto, o conceito central é o exercício de influência sobre o mercado, qualquer que seja sua origem.

Com a evolução do mercado, a massificação do consumo e a globalização, o mercado sofreu profundas mudanças − entre estas, a tendência dos conglomerados empresariais e a diminuição de empresas na oferta de produção de vários segmentos. Nessa seara, as infrações concorrenciais são praticadas por esses agentes econômicos com o intuito de tornar cada vez mais o mercado menos "imperfeito", controlando a oferta em detrimento da população varejista.

Infrações contra o sistema econômico − como monopólio, cartel e verticalização do mercado − tornam-se cada vez mais corriqueiras não só no Brasil, mas ao redor do globo, e, diante desse cenário, requer-se uma política econômica composta por legislação protetiva,

instituições fiscalizadoras e agencias reguladoras sólidas para conseguir difundir a tão idealizada "cultura concorrencial" no Brasil.

Para tanto, faz-se necessário o uso do acordo de leniência. Muitos acreditam se tratar de um instituto abjeto, que privilegia o delator, errado do ponto de vista moral, mas devido a tamanha ligeireza e organização das empresas para o conluio fraudulento, somadas `as dificuldade das investigações em torno dessa prática. Observe-se que a cartelização dessas companhias na maioria das vezes não é acompanhada de ata de reunião, contrato, etc. E, caso haja a tão obstinada prova documental, esta estará praticamente intransponível, dado o seu caráter confidencial entre os infratores.

No âmbito da Administração Pública não é diferente. O Estado é o principal demandante de labor e produtos, e nesse cenário muitas empresas estão intrinsecamente unidas ao Estado por meio de procedimentos licitatórios. Contudo, ainda há corruptores e corruptos que desviam as finalidades precípuas das pessoas de direito público em benefício próprio.

O objetivo desta pesquisa é uma análise precisa e criteriosa do instituto do título que, apesar de estar ainda engatinhando, já nasceu com possibilidades de alçar vôos significativos em prol do retorno da moralidade do mercado e da Administração Pública .

2. CAPÍTULO 1 – A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO ACORDO DE LENIENCIA NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, apesar de o acordo de leniência ser novo e de ainda estar caminhando para uma rigidez institucional, já houveram razoáveis mudanças legislativas, seja para revogar procedimentos obsoletos, seja para ampliar sua aplicação em outras matérias além de, exclusivamente, a do Direito Econômico. Antes de abordar diretamente o tema, faz-se necessário percorrer a evolução cronológica dos dispositivos normativos para uma compreensão real da pesquisa.

Com a Lei 4.137 de 10 de setembro de 1962, foi institucionalizada a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, também conhecido como Cade. Inicialmente, na qualidade de simples órgão administrativo sem uma estrutura desenvolvida, dispondo na lei, apenas, a figura do presidente e seus 4 membros, todos nomeados pelo Presidente da República por indicação da antiga figura do Presidente do Conselho de Ministros, dentre os brasileiros maiores de 30 anos de notório saber jurídico, econômico e reputação ilibada. Porém nessa lei antitruste não havia nenhuma referência ao instituto do acordo de leniência, apenas processos administrativos de cunho econômico, com variadas infrações de abuso do poder econômico e concorrencial, tais como as previstas no Art.2º da Lei em tela. Note-se que as infrações mais danosas[1] para a sociedade civil, monopólio e prática de cartel, já estavam presentes na Lei Antitruste de 1962.

Contudo, apenas na Lei 8.884 de 1994, que revogou integralmente a Lei 4.137 de 1962, o Cade ganha uma estrutura autárquica vinculada ao Ministério da Justiça, adquirindo maior estrutura, com a criação de dois órgãos que visam proteger a concorrência: a Secretaria de acompanhamento econômico (Seae) e a Secretaria de Direito Econômico (SDE).

Oriundo da Medida Provisória 2.055 de 11 de setembro de 2000, o acordo de leniência sofreu muitas críticas pela ausência de discussão conjunta entre Governo e sociedade civil e da via normativa optada[2]. Nota-se que a medida provisória antecede a

---

[1] "As condutas abusivas horizontais no direito da concorrência são aquelas praticadas entre concorrentes ou contra concorrentes, enquanto as verticais afetam agentes econômicos que atuam em diferentes estágios de produção, a exemplo das práticas que envolvam um produtor e seu fornecedor. É o cartel, assim, apenas uma das formas de conduta horizontal restritiva da concorrência, considerado, contudo, como a mais danosa, também tipificado como crime no direito brasileiro" (MACIEL, 2011).

[2] "(...) o que gerou protestos em face da ausência de qualquer consulta ou discussão conjunta entre Governo e sociedade civil e da via normativa escolhida. Juridicamente, encontra-se previsto nos Arts. 35-B e 35-C da Lei

Emenda Constitucional nº 32 de 2001, ato normativo do Poder Executivo este que criou o prazo de expiração da eficácia das Medidas Provisórias e passou a exigir "relevância e urgência" para edição das mesmas. Posteriormente, o Congresso Nacional, aprovou a MP, tornando-a em Lei 10.149 de 2000.

De forma abrupta (mas acertada) pelo Poder Executivo e Legislativo da época, foi inserido na Lei 8.884 de 11 de junho de 1994, nos Art. 35-B e 35-C o acordo de leniência. Celebrado pela União, por intermédio da Secretária de Direito Econômico (SDE), consiste em um acordo entre pessoas físicas ou jurídicas que sejam infratoras das normas de ordem econômica, de modo que confessem seus ilícitos e colaborem substancialmente com as investigações e o processo administrativo.

Com uma musculatura legislativa nova, mais intensa e com mais recursos em prol do Cade, surge a necessidade de propagar as novas balizas do ordenamento econômico para os agentes econômicos, órgãos públicos e, por último, mas não menos importante, a sociedade civil. Dessa maneira, criou-se o "Programa de Leniência", uma série de ações com o intuito de conscientizar e ensinar à população os potenciais danos causados pelas infrações econômicas (principalmente o cartel) e orientar e incentivar os *players* econômicos a celebrarem o acordo. O programa de leniência é considerado um alicerce da Política Nacional de Proteção da Ordem Econômica[3].

Paolo Mazzucato, em seu trabalho *Acordo de Leniência: questões controversas sobre o Art. 35-C da Lei Antitruste*, sustenta, adicionalmente, outros institutos no ordenamento jurídico pátrio que possuem escopo semelhante à também conhecida "delação premiada antitruste":

> "Apesar de ter sido considerado um instrumento inovador no direito da concorrência pátrio, já havia, no direito penal, previsão legal de redução de pena em casos de colaboração espontânea do réu em crimes cometidos em quadrilha ou coautoria, a exemplo do art. 6.º da Lei 9.034, de 03.05.1995 (dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas) e do art. 16, parágrafo único, da Lei 8.137, de 27.12.1990 (define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências). A Lei 10.149/2000, contudo, foi além destas no plano criminal, estipulando que o cumprimento do Acordo de Leniência é causa extintiva da punibilidade" (MAZZUCATO, 2010).

Ressalta-se, porém, que a Lei 9.034 de 1995 foi revogada pela Lei 12.850 de 2013, na qual foi instituída a "Colaboração Premiada" em moldes distintos do acordo de

---

8.884, de 11.06.1994 (dispositivos adicionados pela Lei 10.149/2000) e regulamentado pelos Arts. 59 a 77 da Portaria MJ 456, de 15.03.2010.10-11-12-13" (MAZZUCATO, 2010).

[3] Art. 61 da Portaria MJ 4/2006.

leniência, evitando eventual antinomia jurídica.

2.1 O Acordo de Leniência na atual Lei Antitruste brasileira e suas nuanças ante a Lei 8.884 de 1994

Passados aproximadamente 17 anos da Lei Antitruste de 1994 e 11 anos da lei que inseriu o acordo de leniência no ordenamento jurídico brasileiro, uma nova mentalidade dos agentes econômicos e do Estado, é promulgada a Lei 12.529 em 30 de novembro de 2011 − lei esta que revogou inteiramente a Lei 8.884 de 1994. Com isso, dá-se a criação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), com a finalidade que o próprio nome já caracteriza. Nesse Sistema foi inserido o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), A Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de acompanhamento econômico (Seae). Uma das primeiras mudanças da nova Lei Antitruste é a junção do Cade e da SDE ao Ministério da Justiça, em oposição à Seae, que no Art. 38 da lei em voga relaciona o órgão ao Ministério da Fazenda.

Em suma, as principais atividades do Cade, como bem pontua o professor André Luiz Santa Cruz[4] em sua pesquisa, são: (I) analisar preventivamente atos de concentração empresarial, como fusões e incorporações de empresas (controle de estruturas); (II) punir agentes econômicos que atentem contra a ordem econômica, praticando atos como cartéis ou preços predatórios (repressão de condutas) e (III) difundir a chamada "cultura da concorrência" pelo país (advocacia da concorrência) (SANTA CRUZ, 2014).

Contudo, no presente artigo, o objetivo não é analisar as diversas atividades exercidas pelo Super-Cade[5], mas sim, neste capítulo, listar as diferenças do acordo de Leniência na Lei 8.884 de 1994 com a Nova Lei Antitruste Pátria. Função esta que, com a devida vênia, outrossim, entende-se necessário acrescentar no rol a cima do professor André Luiz Santa Cruz, pois trata-se de uma valioso instrumento de combate aos cartéis.

---

[4] André Luiz Santa Cruz Ramos é Doutor em Direito Empresarial pela PUC-SP, Professor de Direito Empresarial do Centro Universitário IESB, membro do conselho editorial de *MISES: Revista Interdisciplinar de Filosofia, Direito e Economia* e autor do livro *Direito Empresarial Esquematizado* (editora Método).

[5] *DILMA sanciona lei que cria o Super-Cade*. Notícia de jornal disponível em <http://exame.abril.com.br/economia/noticias/dilma-sanciona-lei-que-cria-o-super-cade>. Acesso em 10 de setembro de 2015.

Sendo assim, nota-se, fundamentalmente, que em seu bojo não houve mudanças, ou seja, ainda poderá ser celebrado o acordo com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo.

Portanto, os ajustes que foram feitos têm caráter procedimental e legitimador − a começar pela criação do órgão da Superintendência-Geral. Este, dentre muitas atribuições previstas no Art. 13 da Lei 12.529 de 2011, tem a função precípua de instauração e instrução[6] de processos administrativos para análise ou apuração de atos de concentração econômica e, também, a elaboração de convênios e acordos de leniência com potenciais agentes econômicos interessados. Destarte, já nota-se uma mudança de competência. Anteriormente, a União, instrumentalizada pelo SDE, era o legitimado para celebrar os acordos. Agora, na nova lei, houve uma sedimentação do instituto separando-o totalmente de qualquer relação com o Poder Executivo, trazendo ao acordo lenitivo, indubitavelmente, uma isenção maior.

Outra mudança significativa é a ampliação do rol dos delatados. Atualmente, torna-se necessário a delação dos “demais envolvidos”(infratores), e não somente os coautores como fazia menção a revogada Lei Antitruste.

2.2 Do acordo de leniência na Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013

Dando sequência à linhagem cronológica do presente capítulo, surge sob uma ótica distinta do âmbito concorrencial, a Lei 12.846 de 2013. Em 1° de agosto de 2013 foi sancionada pela Presidente da República a Lei em tela− no dia seguinte foi publicada pelo Diário Oficial da União. Porém, a mesma só entrou em vigor no final de janeiro de 2014, respeitando-se assim o "Vacatio Legis" de 180 dias expresso no Art. 31 da referida Lei.

Em síntese, sendo também conhecida como “Lei da Empresa Limpa” ou “Lei Anticorrupção”, vem com o cunho de regular a responsabilização administrativa e civil (SOLON e ZATZ, 2012) de pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção contra a administração pública, tanto nacional quanto estrangeira. No Brasil até então, a legislação referente às insurgências ilícitas das pessoas jurídicas na Administração Pública era

[6] Informação extraída do site do Cade: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?5ada5da368a669c197b88f>. Acesso em 5 de setembro de 2015.

sistematizada de maneira dispersa e aleatória, e ainda não satisfazia plenamente o compromisso assumido no Direito Internacional Público ao ratificar: (I) a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, de 1997 (Decreto nº 3.678 de 2000), expressamente no Art. 9º da presente lei; (II) a Convenção Interamericana contra a Corrupção de 1996 (Decreto nº 4.410 de 2002) e (III) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 (Decreto nº 5687 de 2006)

Nesse diapasão, é positivado um capítulo próprio para o acordo de leniência na Lei 12.846 de 2013. Só que tal importação da Lei Antitruste brasileira é feita de maneira praticamente literal, desrespeitando as peculiaridades e a teleologia da lei. Nesse sentido, brilhantemente, sustenta o professor Modesto Carvalhosa:

> “No âmbito do Cade, o delito do cartel se configura necessariamente pelo concurso de duas ou mais empresas, ao passo que na presente Lei o delito corruptivo pode se consumar, desde logo, com o concurso de uma pessoa jurídica e de um agente público, podendo não haver o envolvimento de outras pessoas jurídicas como sujeito ativo do devido processo penal-administrativo.
>
> “Isto posto, por via indireta (Lei do Cade) o regime de leniência instituído para o combate aos cartéis, a partir da experiência e da prática norte-americanas, foi transposto literalmente para a presente Lei que trata de relações público-privadas, diferentemente, portanto, das relações de cartel, que se perfazem nas relações privadas, ou seja, no mercado, e não, necessariamente, no seio do Poder Público que é o caso da presente Lei.” (CARVALHOSA, 2015. p. 33)

Positivado nos artigos 16 e 17, fez-se necessária a edição de um decreto para regulamentar, principalmente, normas procedimentais e a materiais da Lei. O Decreto Federal 8.420 de 18 de março de 2015 deu entendimentos ao acordo que posteriormente serão precisamente analisados nesta pesquisa.

3. CAPÍTULO 2 – O PROCESSO E O PROCEDIMENTO NO CADE

3.1 Etapas indispensáveis ao programa de leniência e a negociação com a Superintendência-Geral do Cade

Este capítulo visa dissecar o acordo de leniência sob a égide da Lei 12.529 de 2011, bem como suas benesses tanto para o Estado como para os potenciais infratores de delitos concorrenciais.

A colaboração consiste no pacto firmado entre o membro do cartel ou outro delito concorrencial coletivo, seus dirigentes e funcionários e o Estado, este que, será representado pelo Ministério da Justiça em razão da vinculação da Autarquia Federal Cade com a pasta. Nesse pacto, o proponente cede elementos significativos sobre a infração que pratica em um conluio fraudulento, com força probatória o suficiente para quebrar o cartel. Os benefícios atingidos, de acordo com o Art. 86, *caput* da Lei 12.529, podem atingir a extinção da ação punitiva da administração pública, ou a redução de um (1) a dois terços (2/3) da pena aplicada Para tanto, é necessário o cumprimento de uma série de requisitos, cumulativamente, previstos no Art. 86 §1º da Lei 12.529 de 2011:

> "§1º O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:
>
> I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;
>
> II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;
>
> III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e
>
> IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento."

Sobre o inciso I, nota-se o caráter da novidade, ou seja, só será pertinente para a Superintendência-Geral celebrar acordos em que a empresa for a primeira noticiar do cartel específico. Logo, foi criado um sistema de "senhas", também conhecido como "Marker" para reservar o posto da empresa em até 30 dias. Para garantir a senha é necessário a cessão de

informações básicas, mesmo que parciais[7]. A proposta poderá ser apresentada oralmente à Superintendência-Geral, esta que reduzirá a termo único a ser preservado o sigilo do interessado[8]. Ainda sobre o "caráter da novidade", no inciso III, é necessário uma complementação do proponente, pois se já existem provas suficientes para acusar os infratores, o objeto da Leniência torna-se inócuo; além disso, seu interesse em participar do programa de leniência estará viciado por um eminente processo administrativo a seu desfavor.

Ao ser celebrado o acordo entre a empresa e a Superintendência-Geral do Cade, seus efeitos serão vinculados aos funcionários da empresa. Porém, se caso o acordo for feito entre funcionários da empresa, sem o aval desta, não serão estendidos os efeitos da leniência para a pessoa jurídica.

Necessariamente, a também conhecida como "isenção premiada antitruste", se for aceita, deve conter: (I) identificação completa do beneficiário e seus representantes; (II) descrição minuciosa da atuação da infração e *modus operandi*, contendo identificação de todos os participantes e cada atuação específica; (III) Confissão do beneficiário; (IV) declaração do beneficiário de que não liderou (iniciou) o cartel; (V) declaração de cessação de todas as atividades relacionadas à prática delatada; (VI) lista com documentos inéditos trazidos pelo beneficiário; (VII) obrigação de cooperar ampla e irrestritamente e (VIII) cláusula resolutiva, sem o benefício, caso qualquer disposição não seja cumprida.

Em respeito ao item (III), caso fosse desconsiderado, geraria um temor e uma utilidade diversa da boa-fé do acordo. Visando eliminar a concorrência, uma eventual empresa poderia propor um cartel com seus concorrentes e, logo em sequência, delatá-los, de modo a obter todas as benesses, engazopando os demais. Nada seria o instituto, além de uma forma de ludibriar os concorrentes em um mercado voraz.

Nota-se explicitamente que o acordo necessita, em ampla maioria das cláusulas, de uma atuação positiva da empresa signatária, colaborando ampla e irrestritamente na investigação e posteriormente no processo administrativo. Contudo, de nada seria eficaz o programa se a empresa não cessasse a prática delituosa. Cabe ressaltar que a Superintendência-Geral possui competência para costurar o acordo da forma que achar mais interessante, assegurando a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo

---

[7] Informação extraída do site do Cade: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?5ada5da368a669c197b88f>. Acesso em 5 de setembro de 2015.

[8] Idem.

Durante a fase de negociação, que será realizada em 6 meses, prorrogáveis por igual período, a critério da Superintendência-Geral, o delator tem direito ao sigilo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. Somente o gabinete e a Superintendente-Geral do Cade participam dessa fase[9]. Se por qualquer motivo a Superintendência-Geral não aceitar o acordo, serão devolvidos todos os documentos cedidos pelo proponente e, o mais importante, não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. Assim como não haverá nenhuma divulgação sobre o acordo frustrado. Do outro lado da negociação, o proponente, caso venha a descumprir o pacto, ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 anos.

3.2 Julgamento no Tribunal do Cade

Sabe-se que compete à Superintendência-Geral do Cade costurar os acordos de leniência, porém não seria institucionalmente correto que os julgasse o mesmo órgão que os propõe. Dessa forma, passada a fase de negociação, caberá ao Tribunal do Cade realizar a fiscalização do andamento da lenidade.

O Tribunal do Cade é conceituado pelo Art. 4º, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, como "entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei". Porém antes de analisar o mérito do tribunal nos acordos, especificamente, é imprescindível explicar a função anômala do órgão judicante dessa Autarquia. Para isso, encaixam-se perfeitamente as palavras do Professor Athos Gusmão Carneiro em sua pesquisa: ação civil pública ajuizada por promotor estadual, com impugnação `a formação de cartel por empresas cimenteiras. Ministério Público Federal como "promotor natural". Foro competente, nos casos de dano de âmbito nacional.

> "As expressões *entidade judicante* e *jurisdição* são empregadas nessa lei em sentido impróprio, ou melhor, com manifesto equívoco. Com efeito, a atividade propriamente jurisdicional caracteriza-se por decisão dotada de *definitividade* na concessão ou denegação do bem da vida, ou seja, com eficácia vinculativa plena. O verdadeiro ato jurisdicional distingue-se pela finalidade de resolução de uma lide, mediante a atuação, sob provocação do interessado, de um *terceiro imparcial*, com especial investidura para a missão de definir a vontade do Estado e aplicá-la de forma coativa. Também a *indelegabilidade* é característica da jurisdição, 'exercida

---

[9] Idem.

> pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece' (Art.1º do CPC (LGL\1973\5).”

O Plenário do Tribunal Administrativo do Cade − composto pelo Presidente e seus 6 conselheiros − terá competência para “julgá-los”, entenda-se essa expressão, sob a luz do Art. 86, §4º , da Lei 12.529 de 2011, como apenas “verificar o cumprimento”. Importante ressaltar que não cabe ao órgão judicante do Cade “qualquer análise a respeito da validade, cabimento e oportunidade na celebração do acordo de leniência"[10]. Porém, de acordo com os incisos do mesmo parágrafo, será decisório em relação à decretação da extinção da ação punitiva da administração pública ou nas demais hipóteses a redução de um a 2/3 (dois terços). Essas diferenças irão depender do passo das investigações e o nível de comprometimento do infrator/delator. De modo que, se caso o Estado não tiver nenhum conhecimento da infração e houver acordo, as possibilidades de se atingir a plenitude de benefícios serão altas. Em contrapartida, se já houver investigação e indícios de infração e surgir potencial proponente de acordo, sua redução será vinculada com sua efetiva participação.

As decisões administrativas proferidas pelo Cade não têm o condão da imutabilidade, logo não formam coisa julgada. Portanto, as decisões do Cade que atentam com eventual lesão a direito e os pressupostos processuais podem ser objeto de ação judicial, Poder este que deterá a ultima palavra no caso concreto.

3.3 Leniência Plus

Com interesse da sociedade, e consequentemente do Estado, em deter o combate dos preços fixados ou cartéis, o programa de leniência deve ser atrativo para obter a eficácia almejada. Elementos como A “Leniência Plus”, positivada no Art. 86, §7º e 8º, da Lei 12.529 de 2011, são instrumentos interessantes com um retorno interessante ao Estado.

A Leniência Plus é a possibilidade do infrator adquirir um benefício legal, mesmo tendo a Superintendência-Geral recusado no curso de inquérito ou processo administrativo a proposta de acordo. Para tanto, é necessário que o proponente, até a remessa do processo para julgamento, ofereça nova proposta de leniência relacionada a infração diversa e da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio. Nessa hipótese, o infrator se beneficiará da

---

[10] Cade. Processo nº. 08012.001826/2003-10. Parecer do Procurador-Geral Gilvandro Araújo.

redução de 1/3 da pena que lhe for aplicável do acordo recusado, sem prejuízo da obtenção do acordo de leniência vincendo.

3.4 Persecução Criminal.

Além da cartelização ser considerada uma infração administrativa, também é considerada um *delicti criminis*. O brocardo em latim s*ocietas delinquere non potest* permanece, ou seja, uma pessoa jurídica não comete crime pois não age com dolo e culpa, logo, quem pratica crime são as pessoas físicas que direcionam a atuação da pessoa jurídica.

O crime de cartel − previsto no Art. 4º da lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, conhecida como a Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica, que foi alterada no aspecto em tela pela Lei Antitruste, corrigindo-se o seu espectro − possui como punição a pena de 2 a 5 anos e multa, podendo ainda ser aumentada em até 50% se o crime causar grave dano à coletividade, for cometido por um servidor público ou se relacionar a bens ou serviços essenciais para vida ou para a saúde.

A Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, conhecida por normatizar licitações e contratos da Administração Pública, também possui crimes com relação à Lei Antitruste e à prática de cartel, como o artigo 90 da Lei de Licitações, que tipifica a combinação realizada com o intuito de frustrar ou fraudar um procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem com o objeto da licitação.

Diante de um cenário de acordo de leniência com o Cade, o artigo 87 *caput* e o parágrafo único da Lei Antitruste são cristalinos:

> "Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no Art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de Acordo de Leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência."
>
> "Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo."

Esta pesquisa sustenta uma inconstitucionalidade material no Art. 87 *caput*. Entende-se que não há competência na Lei Antitruste brasileira de limitar os poderes do Ministério Público, pois são asseguradas constitucionalmente sua independência e autonomia funcional, sendo este, portanto, privativamente, o titular da ação penal. Posto isso, não é cabível o impedimento do oferecimento da denúncia mesmo em relação ao agente

beneficiário da leniência. Dar autonomia ao legislador pátrio para criar institutos que obstam a atuação precípua do MP abre margem para uma eventual crise de instituições, mesmo em situações vantajosas para o Estado, como o acordo de leniência

Porém, ainda sob essa ótica, não estará desprotegido na esfera criminal o beneficiário da leniência, em relação ao Art. 87, parágrafo único da Lei 12.529, será extinta automaticamente a punibilidade dos signatários da leniência, em relação aos crimes previstos no presente artigo(crimes contra economia popular e crimes da Lei 8.666 de 1993)

Sendo assim, conclui a pesquisa que o leniente do Cade não está desprotegido no âmbito criminal: sua persecução poderá ocorrer, ou seja, poderá ser indiciado em um inquérito policial e ser denunciado, entretanto a Lei Antitruste torna-o blindado e o Estado perde o seu *jus puniendi*.

3.5 Persecução na esfera civil.

Diante do Direito Antitruste brasileiro, a Carta Magna de 1988 define como abusivo o exercício da livre iniciativa que enseja a dominação de mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento excessivo e arbitrário dos lucros, configurando assim as infrações que ensejam reparações cíveis aos lesados. Ora por danos emergentes, quando há um decréscimo patrimonial do lesado, ora por lucros cessantes, quando há uma redução da perspectiva de receita da vítima .

Em um quadro de redução da pena administrativa ou até a imunidade e, certamente, imunidade criminal, o acordo de leniência não abarca nenhum tipo de benefício cível aos proponentes. A Lei 12.529 de 2011 não faz nenhuma alusão à responsabilidade civil dos pactuantes da leniência. Além disso, o Art. 60 da mesma Lei explicita que as decisões do Cade, em regra, são títulos executivos extrajudiciais. Nesse prisma, os acordos celebrados não são diferentes, logo não há a necessidade do oferecimento de uma ação de conhecimento, fato este que apressaria o recebimento de uma reparação[11].

---

[11] GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 828. No mesmo sentido, expressou-se Bruno Lana em entrevista para este trabalho.

4. CAPÍTULO 3 − O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI 12.846 DE 1° DE AGOSTO DE 2013

4.1 O procedimento administrativo, sanções e responsabilização na Lei 12.846 de 2013

A Lei 12.846 de 2013, também intitulada como Lei Anticorrupção ou da Empresa Limpa, surgiu através de uma mobilização supranacional de alguns Estados que detectaram problemas graves nas relações entre a iniciativa privada e a administração pública. A "Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários públicos em transações Comerciais Internacionais da Organização e Desenvolvimento Econômico (OCDE)"[12] feita com a finalidade adequar às legislações dos países signatários a prevenção e o combate aos corruptores de funcionários públicos estrangeiros no âmbito do comércio exterior.

Em 15 de junho de 2000 foi ratificada a Convenção pelo Brasil e promulgada no Decreto nº 3.678, de 30 de novembro. Aliás, o Brasil já tinha boa parte da legislação que previa a convenção. Faltava, porém, uma normatização extensa no combate à corrupção que foi abandonada até meandros de 2013 e, em uma rápida resposta aos protestos políticos, também conhecida como "primavera brasileira"[13], o Congresso Nacional editou a Lei 12.846 de 2013. Importante ressaltar que, dos países signatários da convenção, apenas Argentina e Irlanda do Norte não tomaram as providencias que, tardiamente, o Brasil tomou.

Antes de abordarmos as características do acordo de leniência proposto na Controladoria Geral da União, deve-se compreender o escopo da Lei: a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas em face de atos contra a administração pública e o processo e o procedimento administrativo que tramitará. O professor Modesto

---

[12] "O primeiro grande passo neste sentido foi a assinatura da 'Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais' da OCDE em dezembro de 1997. A referida Convenção trata, principalmente, da adequação da legislação dos Estados signatários às medidas necessárias à prevenção e ao combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros no contexto do comércio internacional. Para fins da convenção, são considerados funcionários públicos estrangeiros qualquer pessoa que ocupe cargo nos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário de um país estrangeiro, independentemente de ser essa pessoa nomeada ou eleita; qualquer pessoa que exerça função pública para um país estrangeiro; ou o funcionário ou representante de organização pública internacional". Cartilha elaborada pela ApexBrasil em parceria com a CGU. Disponível em <http://arq.apexbrasil.com.br/portal/cartilha_anticorrupcao.pdf>. Acesso em 13 de setembro de 2015.

[13] Os protestos são uma retomada da pauta da ainda incompreendida e estudada "primavera brasileira" de junho de 2013, mobilização que inegavelmente deixou um grande legado ao Brasil. Num plano amplo, é o retorno de um sentimento de interesse pelo nosso futuro e projeto de nação, algo que não se manifestava tão vivamente desde o movimento das "Diretas Já!".

Carvalhosa cita o caráter penal do processo na Lei:

> "Todos os processos administrativos que emanam das leis remidas e da presente Lei devem adotar rigorosamente os princípios e as regras constitucionais que configuram o devido processo legal, refletidos na lei que Disciplina o Processo Administrativo (Lei n. 9.784 de 1999)" (CARVALHOSA, 2015).

O caráter sancionador da presente Lei é nítido e, na esfera da Administração Pública, as sanções, previstas no Art. 6º são:

> "(I) a aplicação de multas; (II) a publicação da decisão condenatória e (III) a divulgação das sanções, para fins de publicidade, no recém criado Cadastro das Empresas Punidas – CNEP – e também no preexistente Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS" (CARVALHOSA, 2015. p. 30).

Ainda, mediante ação civil pública, o caráter do processo penal-administrativo alcançará efeitos na esfera civil (CARVALHOSA, 2015. p. 32), podendo atingir a dissolução compulsória da pessoa jurídica.

Nota-se, portanto, o caráter procedimental da Lei que a distingue, remanescendo em seu bojo a essência da Lei Penal. Logo, o Superior Tribunal de Justiça, ao tratar dos processos administrativos sancionatórios, deve observar as garantias e princípios penais (CARVALHOSA, 2015. p. 33) − princípios como a ampla defesa e o conceito moderno de processo, elaborado por Elio Fazzalari: o processo como *procedimento realizado em contraditório* (FAZZALARI, 1957, 1966 e 1994).

O capítulo IV da Lei Anticorrupção faz menção ao "Processo Administrativo de Responsabilização - PAR", que disciplina o modo do processo administrativo que apura as potenciais práticas ilícitas e de que maneira será feita a responsabilização, em regra, objetivamente. A sua instauração poderá ser feita de ofício pelas autoridades ou por provocação dos interessados. Em relação ao julgamento do processo administrativo caberá à autoridade máxima de cada órgão envolvido com a prática de atos ilícitos, ou, em caso de órgão da administração direta, do seu Ministro de Estado, competência essa que pode ser delegada uma única vez (LADEIA, 2015).

A Controladoria-Geral da União (CGU), na Lei em tela, ganha atribuições consideráveis, inclusive é o legitimado para homologação dos acordos de leniência na esfera administrativa federal. No âmbito do PAR, não é diferente, o Decreto nº 8.420, de 2015, em seu Art. 13 prevê a competência da CGU:

> "Art. 13. A Controladoria-Geral da União possui, no âmbito do Poder Executivo federal, competência:
>
> I - concorrente para instaurar e julgar PAR; e

> II - exclusiva para avocar os processos instaurados para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível.
>
> §1º A Controladoria-Geral da União poderá exercer, a qualquer tempo, a competência prevista no *caput*, se presentes quaisquer das seguintes circunstâncias:
>
> I - caracterização de omissão da autoridade originariamente competente;
>
> II - inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem;
>
> III - complexidade, repercussão e relevância da matéria;
>
> IV - valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade atingida; ou
>
> V - apuração que envolva atos e fatos relacionados a mais de um órgão ou entidade da administração pública federal.
>
> §2º Ficam os órgãos e entidades da administração pública obrigados a encaminhar à Controladoria-Geral da União todos os documentos e informações que lhes forem solicitados, incluídos os autos originais dos processos que eventualmente estejam em curso.

De acordo com o Art. 10, §1º, uma comissão composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis, escolhidos pela autoridade administrativa, irá apurar a responsabilidade de pessoa jurídica. Essa comissão independente terá poderes para propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação (Art. 10, §2º) e terá prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir e, ao fim, apresentar relatórios que indicam os fatos e eventual responsabilização da pessoa jurídica, sugerindo as sanções (Art. 10, §3). Após a conclusão do processo administrativo, o Ministério Público poderá examinar o processo a fim de detectar eventuais crimes e ilegalidades. A pessoa jurídica terá 30 dias de prazo, contados a partir da intimação, para apresentar defesa.

A responsabilização na esfera administrativa, na égide da Lei Anticorrupção, não exime uma responsabilização sob a via judicial. Por conta disso, os entes públicos, União, estados e municípios, através dos órgãos que os representam judicialmente, as Advocacias Públicas, Procuradorias e até o Ministério Público, poderão ajuizar ação que vise a responsabilidade por violação à Lei Anticorrupção. O instrumento correto para essa ação é o rito da Lei 7.347 de 1985, ação civil pública.

Por fim, também haverá no PAR publicação diversa e inédita da decisão que condenar o ou os réus. Prevista no Art. 6º, II, da Lei Anticorrupção: a "publicação extraordinária da decisão condenatória". Trata-se de uma divulgação massificada por meios de comunicação de grande circulação, ou, na sua falta, publicação de circulação nacional e fixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 dias no estabelecimento condenado, de modo

visível ao público (LUCON, 2014). Todos os procedimentos midiáticos serão custeados pela pessoa jurídica condenada impreterivelmente.

4.2 Política de governança corporativa positivada

Sabe-se que a corrupção − não só no Brasil, mas no mundo − tem uma grande força destrutiva para um Estado ou empresa, tanto do ponto de vista econômico como do ético. “Uma estimativa do Fórum Econômico Mundial aponta que o custo da corrupção equivale a US$ 2,6 trilhões por ano, equivalente a cerca de 5% do produto interno bruto (PIB) global[14]. Com o intuito de enfrentar esse mal universal surge o *compliance*, um instituto normativo que visa estabelecer um padrão congruente entre as normas estatais e as práticas corporativas, de maneira uníssona, gerando transparência, eficiência e probidade.

Também conhecido como governança corporativa, sua base é formada por : (I) análise de riscos; (II) código de conduta; (III) treinamentos; (IV) equipe com capacidade e independência para monitoramento; (V) ouvidoria (canal de denúncias); (VI) gestão motivada da alta cúpula de administração; (VII) planejamento de adequações e (VIII) sanções internas. (WOWK, 2014)

A boa governança − que já era um método para a busca de uma empresa séria, sólida e que persegue o lucro − passou a ganhar prerrogativas na legislação brasileira. A Lei 12.846, de 2013, foi o primeiro diploma legal brasileiro que criou benefícios legais às pessoas jurídicas que instituíssem uma política de governança corporativa que visasse a austeridade. A possibilidade de reduzir as sanções aplicáveis à empresa em um processo administrativo de responsabilização é real e está prevista no Art. 7º, VIII da Lei 12.846, de 2013:

> “Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:
>
> VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.”

Ainda no mesmo artigo, o parágrafo único estabelece que os parâmetros de avaliação serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal, Poder este que

---

[14] Dado extraído da Cartilha Deloitte Lei Anticorrupção. Disponível em: <http://www.abbc.org.br/images/content/Lei_Anticorrupcao.pdf> Acesso em 13 de setembro de 2015.

manifestou-se através do Art. 5º, §4, e também, do Capitulo IV, do Programa de Integridade, ambos do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015:

> "Art. 5º No ato de instauração do PAR, a autoridade designará comissão, composta por dois ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará a pessoa jurídica para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que pretende produzir.
>
> § 4º Caso a pessoa jurídica apresente em sua defesa informações e documentos referentes à existência e ao funcionamento de programa de integridade, a comissão processante deverá examiná-lo segundo os parâmetros indicados no Capítulo IV, para a dosimetria das sanções a serem aplicadas."

E parte do Capitulo IV, do Programa de Integridade, do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015:

> "Art. 42. Para fins do disposto no §4º do Art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:
>
> I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;
>
> II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;
>
> III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
>
> IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;
>
> V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;
>
> VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;
>
> VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;
>
> VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;
>
> IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;
>
> X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé;
>
> XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;
>
> XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;
>
> XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
>
> XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações

> societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;
>
> XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no Art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e
>
> XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos."

A mudança de orbita do tema central do ensaio para o *compliance* é necessária pois dentro do gênero da governança corporativa o acordo de leniência é uma espécie. Portanto, é de suma importância o conhecimento, mesmo que raso, do capítulo atual para dimensionar e exaurir o contexto do acordo de leniência e ter uma interpretação circundante da atmosfera necessária para o acordo desabrochar. Improvável é a possibilidade de uma empresa buscar essa alternativa sem que haja um programa de integridade solidificado na sociedade.

4.2.1 Características do acordo de Leniência na Lei Anticorrupção

Analisado primeiramente o acordo de leniência no Cade, não só por uma questão cronológica mas também, principalmente, pela matéria. Até porque houve uma importação do instituto em moldes muito semelhantes. Por exemplo: ambas as Leis preveem redução ou, dependendo da dimensão da colaboração, imunidade na esfera administrativa. Não só isso, em ambos os institutos trata-se de um pacto em que a empresa deve encerrar a prática ilícita (se houver), colaborar com as investigações e ampliar o rol de corruptores com uma robustez probatória. Essas características conseguem coabitar em ambas as leis em algumas ocasiões, mas o fato de o regime de leniência da Lei Antitruste, que versa sobre cartéis, moldar a leniência da Lei Anticorrupção, que trata de relações público-privadas (CARVALHOSA, 2015. p. 372), por si só, formalmente, já caracteriza objeto diverso e, consequentemente, uma falha legislativa substancial. Nesse sentido argumenta o Respeitável Professor Modesto Carvalhosa:

> "A Lei do Cade, como referido, visa desmantelar as condutas anticoncorrenciais existentes no mercado, ao passo que a presente Lei tem por objetivo desmantelar os focos de corrupção no âmbito do setor público, mediante a conduta comissiva pura ou comissiva-omissiva das pessoas jurídicas que tem relações legais(*v.g.* impostos) e contratuais ou pré-contratuais com o poder público.
>
> Assim, a Lei do Cade visa restaurar a moralidade do mercado, enquanto que a presente Lei visa restaurar a moralidade do Estado" (CARVALHOSA, 2015. p. 372).

Porém, também há diferenças, como na legitimidade e na área criminal. Na Lei da Empresa Limpa, o acordo de leniência é exclusivamente feito por pessoas jurídicas, que em regra não figuram no polo passivo de ações dessa natureza (salvo em crimes ambientais). Portanto, não há que se falar de imunidade criminal; inclusive os dirigentes e administradores, bem como os servidores públicos corruptores, serão responsabilizados na medida dos atos praticados e de sua culpabilidade.

Importante ressaltar que na prática dos atos lesivos previstos na presente Lei, não há a necessariedade da prática de cartel − o conluio fraudulento pode ser consumado entre agente privado e ente público. Nesse caso, o Art. 16, §1º, I, da Lei Anticorrupção, não há que se falar em “a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar”(positivada no artigo a cima) em um caso que ela seja a única legítima que pode propor o acordo, pois pessoas de direito público e servidores públicos estão impossibilitados. Dispositivo transladado da Lei Antitruste sem a devida atenção, consequentemente, quando não há cartelização será letra inócua da Lei. Contudo, há de se destacar que, de acordo com o Ministro do TCU, Benjamim Zymler, houve uma inconstitucionalidade no decreto regulamentador da Lei Anticorrupção, por trazer a possibilidade de mais de uma empresa celebrar um acordo do mesmo fato, contrariando a Lei regulada, que restringiu apenas ao primeiro proponente, assim como ocorre no Cade (CARRIL, 2015). Portanto, se há uma pluralidade de agentes privados no ilícito, esta pesquisa defende que o Art. 16, §1º, I, da Lei Anticorrupção deverá se opor ao Decreto Regulamentador, logo, apenas a primeira empresa terá o benefício da leniência no mesmo fato.

Outro dispositivo importado da Lei Antitruste brasileira sem a devida atenção é o Art. 16, §1, III. Esse inciso requer do acordante a confissão prévia do ilícito. Porém o legislador desconsiderou a possibilidade de a signatária buscar a autoridade competente para promover o acordo, sem ter praticado ilícito algum, apenas ansiando oferecer provas contra outros agentes privados ou entes públicos, “demonstrando objetivamente que a conduta corruptiva é das outras e não dela" (CARVALHOSA, 2015. p. 385), porventura até esquivando-se de eventual responsabilização. Situação completamente factível coadunando-se com a iniciativa idealizada pelo *compliance* e a integralidade na governança.

Em suma, para a efetividade do acordo de leniência é necessário, de acordo com o professor Modesto Carvalhosa:

> "(I) Qualificação da pessoa jurídica pactuante que consta do processo-penal-administrativo; (II) a indicação sumária das demais pessoas jurídicas e/ou dos demais agentes públicos que estariam implicados na conduta corruptiva; (III) a

> declaração da participação da requerente na conduta corrupta ou a ressalva de sua participação em termos de consumação do ato delito corruptivo – nesse caso, a pessoa jurídica pactuante deve arguir sua ilegitimidade passiva no processo penal-administrativo; (IV) a lista dos documentos que serão fornecidos para implicação de outras pessoas jurídicas e/ou de outros agentes públicos na conduta corruptiva; (V) o termo de compromisso da pessoa jurídica indiciada ou processada confirmando que irá cooperar plenamente com a autoridade processante durante todo o devido processo penal-administrativo; (VI) declaração de reconhecimento da não aplicação do regime de leniência, se os resultados das provas e da colaboração prestadas não resultarem em convicção da autoridade processante da conduta corruptiva das outras pessoas jurídicas apontadas ou dos agentes públicos relacionados" (CARVALHOSA, 2015).

Obviamente, do lado da CGU, o termo deve constar que não havia provas suficientes para trazer ao polo passivo do processo administrativo os agentes econômicos e políticos. Posto isso, nota-se a semelhança entre o regime de leniência nos diferentes ramos do Direito(Direito Econômico e Direito Público) , com exceção das peculiaridades de cada microssistema.

4.2.2 O sigilo no regime de leniência

Na teoria geral do processo, a regra é que não há sigilo; consoante com esse postulado está o Art. 37, *caput* da Constituição Federal de 1988, que versa sobre os princípios da Administração Pública, dentre estes o da publicidade. Tal princípio está refletido na Lei 12.527 de 2011(Lei de Acesso à Informação); os documentos elaborados pela Controladoria-Geral da União, em regra, são de acesso público, porém, em alusão ao Art. 23, VIII da Lei de Acesso à Informação, são passiveis de acesso restrito.

> "Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:
>
> VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações."

É de suma importância exaltar esse tópico pois, até mesmo na própria Lei 12.846 de 2013, no Art. 16, § 6º , a expressão "tornará pública" pode caracterizar interpretações diversas e errôneas do que o dispositivo almeja. Assim, a interpretação correta que se tem da expressão "tornará público" é no sentido de dar publicidade ao ato (CARVALHOSA, 2015. p. 374), ou seja, publicá-lo no Diário Oficial; logo, não subsiste relação com o sigilo do acordo.

Para sobrestar interpretações sofismáticas, que maculariam o acordo de leniência e

trariam um agravo público ao colaborador, o Decreto nº 8.429, de 18 de março de 2015, é cristalino ao positivar que a proposta de acordo de leniência, frutífera ou não, terá tratamento sigiloso, apenas sendo possível o acesso aos servidores especificamente designados pela CGU[15]. A recíproca pode ser verdadeira, ou seja, a proposta pode ser de acesso público, desde que proponente e CGU estejam de acordo.

Em relação ao cumprimento do acordo, este pode ou não ser sigiloso, dependendo dos termos pactuados no acordo e/ou da conveniência do processo-penal-administrativo com a discricionariedade, nesse caso, da autoridade processante (CARVALHOSA, 2015. p. 375).

O condão do sigilo, no caso exposto, sob um prisma teleológico, não tem o benefício de blindar a pessoa jurídica acordante de medidas diversas, sejam estas judiciais ou administrativas (CARVALHOSA, 2015. p. 384). O sigilo está inserido na pauta por um motivo de controle social e exposição, apenas.

4.2.3 O legitimado para celebrar o acordo e a função da Controladoria-Geral da União de aglutinar o processo administrativo

Já foi visto nesta pesquisa que a CGU tem competência concorrente para instaurar e julgar o PAR, outrossim, de forma exclusiva, possui competência para avocar os processos instaurados para análise de sua regularidade e corrigir o andamento, até mesmo promovendo a aplicação da pena administrativa.

O Decreto 8.420, de 2015, que regulou o acordo, é explícito ao dizer que "compete à Controladoria-Geral da União celebrar acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal e nos casos de atos lesivos contra a administração pública estrangeira". Caso haja a tramitação de um processo administrativo na Lei Anticorrupção ou na Lei das Licitações ensejado por um acordo de leniência, surge para a CGU a possibilidade de conduzir e julgar o processo, sendo isso resultado do Art. 38, *caput* do Decreto Regulamentador.

Em uma abstração das normas da Lei Anticorrupção é possível notar a possibilidade jurídica de uma aglutinação de processos, inclusive de outros órgãos, como do Cade. Para tanto, é necessário que as práticas sejam advindas de um cartel com corrupção da

---

[15] Art. 31, §1º, do Decreto nº 8.429 de 18 de março de 2015

entidade pública. Nesse sentido Paulo Henrique Lucon afirma:

> "Sabe-se, de antemão, que a fiscalização não poderá ficar adstrita à CGU, havendo competência concorrente de outros órgãos do Estado, como o Ministério Público (MP) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), por exemplo. Não obstante, reforçando o aspecto centralizador, a CGU poderá requisitar os autos de processos administrativos em andamento em outros órgãos ou entidades da administração pública federal relacionados com os fatos objeto de acordo de leniência. Esse poder da CGU conferido pelo Decreto 8.420, de 18 de março de 2015, para aglutinar outros processos de outros órgãos é positivo, já que certas práticas encobrem, em muitos casos, cartel com corrupção. Não obstante, acredita-se que esse ponto sofrerá questionamento pelo Ministério Público, que certamente defenderá sua independência, bem como suas atribuições constitucionais e legais para participar do *processo centralizado* a se instaurar na CGU" (LUCON, 2015).

4.2.4 Leniência como acordo de resultados: benefício do signatário, Estado e questão controversa

Os resultados do acordo de leniência devem ser efetivos; não basta, por si só, a mera conduta para atingir os benefícios legais. O pacto deve conter provas contundentes (CARVALHOSA, 2015. p. 378) para que a autoridade processante consiga instaurar o processo e eventualmente punir os praticantes de ilícitos que lesam a sociedade civil e o Estado. Contudo não há o requisito *ad exitum*, ou seja, não é necessário que sua colaboração resulte em condenação. Por exemplo: os delatados podem ser absolvidos por um caso de prescrição. Em relação aos agentes públicos, cumpre ressaltar que estes não têm legitimidade para integrar o polo passivo do processo administrativo, já que eles são punidos por outros meios previstos em lei (CARVALHOSA, 2015. p. 378).

De acordo com o Art. 40 do Decreto 8.420 de 2015, os benefícios do signatário poderão ser alternativamente ou de forma cumulada os seguintes:

> "Art. 40. Uma vez cumprido o acordo de leniência pela pessoa jurídica colaboradora, serão declarados em favor da pessoa jurídica signatária, nos termos previamente firmados no acordo, um ou mais dos seguintes efeitos:
>
> I - isenção da publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora;
>
> II - isenção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicos e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público;
>
> III - redução do valor final da multa aplicável, observado o disposto no Art. 23; ou
>
> IV - isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos Art. 86 a Art. 88 da Lei nº 8.666, de 1993, ou de outras normas de licitações e contratos."

Há uma interpretação de que a CGU pode isentar a empresa de inidoneidade, ou

seja, que a signatária da leniência possa voltar a participar de licitações e realizar contratos administrativos. Porém, acredita-se, nesta pesquisa, que há uma interferência indevida, logo, inadmissível nessa questão. A declaração de inidoneidade é feita pelo Tribunal de Contas da União, ou através de processo administrativo pelas autoridades processantes − em relação ao primeiro, no âmbito federal. A Legislação Orgânica do TCU, no artigo 16, é límpida: "Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal."

No sentido da pesquisa, recentemente (maio de 2015) o Supremo Tribunal Federal julgou o Mandado de Segurança 30788 (MS 30788) e, por maioria dos votos, não concedeu a segurança, ao entender que o TCU é legitimado para declarar a inidoneidade de empresas privadas. Consoante com esse pensamento, o julgamento da Petição (PET) 3606, também pelo STF, foi favorável em prol da competência do TCU em declarar a inidoneidade de pessoa jurídica. Portanto, não há que se falar em confusão entre o disposto no artigo 87 da Lei de Licitações, que também dispõe da inidoneidade das pessoas jurídicas.

Posto isso, em respeito às leis, aos poderes e às instituições, o acordo de leniência feito na CGU não tem poder para invadir decisões do Tribunal de Contas da União. Logo, a inidoneidade só será barganhada em um regime de leniência caso sua tramitação seja pelo Art. 87 da Lei de Licitações.

Um dos arcabouços a que a autoridade processante deve se ater é que o acordo de leniência "não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado"[16]. Portanto, nos termos do pacto, para se atingir a plenitude dos benefícios, seria de bom grado que a CGU exigisse o ressarcimento ao erário e à sociedade civil.

Conclui-se que "os efeitos do acordo serão estendidos às pessoas jurídicas que integrarem o mesmo grupo econômico" (Art. 40, parágrafo único, do Decreto Regulamentador), também conhecidas como *holdings*; para tanto, é necessário que elas tenham firmado o acordo junto à matriz ou coirmã respeitando as condições estabelecidas.

---

[16] Lei 12.846, de 2013, Art. 16, §3º

5. CAPÍTULO 4 – A AUSENCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA

No Plano do acordo de leniência da Lei Anticorrupção, foi dada uma dimensão abrangente para a Controladoria-Geral da União. Sabe-se que sendo a CGU uma pasta do Governo Federal, sua estrutura por inteira é formada a partir de um juízo político, não há concurso público para a escolha dos funcionários e muito menos do Ministro-Chefe. Ao eliminar a meritocracia desse órgão de controle interno, corre-se o risco de perder tecnicidade, expertise e, consequentemente, oportunidades em prol do Estado. Sem contar a potencial obscuridade que tramitará sobre o acordo ao ser este guiado por um único órgão, ainda com a viabilidade de produzir conteúdo sigiloso. Imaginemos, apenas no plano das hipóteses, um acordo celebrado entre uma pessoa jurídica e a CGU (Governo Federal, em um raciocínio indutivo), sendo que, outrora, essa pessoa havia sido doadora da campanha política do partido no poder. Nessa hipótese, plausível em nosso ordenamento, seria improvável que a leniência não fosse maculada por uma convergência de interesses alheios e não republicanos. Talvez, em um plano ideal, houvesse retidão das partes.

Em consonância com o interesse público e com as previsões constitucionais, o Ministério Público deve ter ciência das propostas, para assim homologar os acordos de leniência, ou pelo menos elaborar pareceres técnicos em torno do pacto e, com a abertura da vista, buscar tomar as medidas necessárias nos planos e na medida de sua competência. Um instituto que carrega em seu bojo a independência funcional, defensor da ordem jurídica, do Estado Democrático de Direito, dos interesses sociais, individuais, indisponíveis e dos direitos difusos e coletivos, indubitavelmente, possui isenção e aptidão de conciliação.

A centralização excessiva da CGU não pode ser mais eficiente que ambas as instituições trabalhando de forma harmônica e complementar. Ainda, sob uma questão de logística, é no mínimo questionável se há profissionais suficientes para todas as novas competências que a Lei Anticorrupção positiva, sem contar as competências anteriores à Lei 12.846, de 2013, ou ainda, se a previsão orçamentária irá ser suficiente para todas as atribuições da CGU.

Para a solução dessas celeumas, o senador Ricardo Ferraço protocolou o Projeto de Lei nº 105/15, que modifica a Lei Anticorrupção, incluindo a necessidade de homologação do acordo de leniência pelo Ministério Público Federal.

Ao fim e ao cabo, acredita-se, verdadeiramente, que a atuação do Ministério Público não trará malefícios ao acordo de leniência. Até mesmo, por uma falta de preparo técnico, seria um desperdício, em todos os aspectos, se os acordos sem homologação ou parecer se esvaíssem, insanáveis por uma ilegalidade posteriormente reconhecida pelo Poder Judiciário (GENTIL, LIMA, LIVIANU, BERCLAZ, RODRIGUES e COSTA, 2015).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto na economia como no Estado, o acordo de leniência é visto com um rico instrumento para a recuperação da moralidade, nos casos concretos de ilícitos concorrenciais e administrativos, respectivamente, ou até de ambos cumulados, com a possibilidade dessa aglutinação se dar até mesmo em um único processo-penal-administrativo.

Ao passo que a sociedade é movediça, até mesmo para praticar atos indevidos, é necessária a constante atualização legislativa, sempre em busca de institucionalizar novos instrumentos necessários para o combate à corrupção, um mal epidêmico e sistematizado. Não obstante, sem uma atuação positiva dos órgãos reguladores de mercado e uma legislação eficaz que resguarda a isonomia e a proteção aos *players* econômicos, surge um terreno fértil para a prática de delitos concorrenciais em detrimento de empresas de médio e pequeno porte e da população. Neste contexto, o Programa de Leniência é um mecanismo eficaz para romper barreiras ocultas que sugam o poder aquisitivo da sociedade.

Como se trata de um instituto relativamente novo, ainda há muito a ser desenvolvido e maturado, inclusive do ponto de vista prático. Sabe-se que entre o plano formal e o material existe uma realidade complexa, cheia de nuanças e valores impregnados. Portanto, não basta uma legislação formidável se esta não é desenvolvida pelos órgãos e autoridades do Estado. O que dizer então de uma legislação com erros e buracos normativos, como a do acordo de leniência? Será necessário o dobro de esforço com a correção dos equívocos através do Poder Legislativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARRIL, Rodrigo Coutinho. *O natimorto acordo de leniência da lei Anticorrupção*. 2015. Disponível no site "Jota": <http://jota.info/o-natimorto-acordo-de-leniencia-da-lei-anticorrupcao>.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Júridicas − Lei 12.846/2013.* Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2015.

GENTIL, Plínio Antônio Britto, LIMA, Charles Hamilton Santos, LIVIANU, Roberto, BERCLAZ, Márcio Soares, RODRIGUES, Tiago de Toledo e COSTA, Gustavo Roberto. *Intervenção do Ministério Público nos acordos de leniência é imprescindível.* Revista Consultor Jurídico: 12 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-12/mp-debate-intervencao-acordos-leniencia-imprescindiivel#author>. Acesso em 15 de outubro de 2015.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale civile*. 7ª ed. Padova: Cedam, 1994, §2º, pp. 10-12.

FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 110 e ss; verbete "Processo: teoria generale".

FAZZALARI, Elio. *Novissimo digesto italiano*. Torino: Utet, 1966. vol. 13. pp. 1067-1076

LADEIA, Raphaela Maciel. *As inovações trazidas pela Lei Anticorrupção*. 2015. Disponível em: < http://manucciadv.com.br/destaque-as-inovacoes-trazidas-pela-lei-anticorrupcao/>. Acesso em 3 de setembro de 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Procedimento e sanções na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).* Revista dos Tribunais, vol. 947/2014. pp. 267 - 279. Set/2014 DTR\2014\9967

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *O processo administrativo na Lei Anticorrupção*. Revista Consultor Jurídico: 10 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/paulo-lucon-processo-administrativo-adequado-lei-anticorrupcao>. Acesso em 10 de setembro de 2015.

MACIEL, Marcela Albuquerque. Direito da concorrência: uma análise das condutas abusivas horizontais e do termo de compromisso de cessação . In*: Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XIV,

nº 87, abr 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9334&revista_caderno=8> Acesso em 3 de setembro de 2015.

MAZZUCATO, Paolo Zupo. *Acordo de Leniência: questões controversas sobre o Art. 35-C da Lei Antitruste.* Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional | vol. 17/2010 (Jan-Jun/2010) pp. 169 - 210.

SANTA CRUZ, André Luiz. *A nova Lei Antitruste brasileira: uma agressão à livre concorrência.* 2014. Artigo disponível no site no Instituto Ludwig Von Mises Brasil: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1319>. Acesso em 4 de setembro de 2015.

SOLON, Ari Marcelo e ZATZ, Rebecca. *Acordo de Leniência − Possibilidade de expansão*. 2012. Disponível no site "Migalhas": <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI167050,101048-Acordo+de+leniencia+Possibilidade+de+expansão>. Acesso em 4 de setembro de 2014.

WOWK, Charles. *Compliance no Brasil.* 2014. Disponível em: <http://www.advantageaustria.org/br/events/8-CharlesWowk-Compliance.pdf>. Acesso em 14 de setembro de 2015.